3 67

20



POR NICOLAS IVLT

EN EL PLEYTO CON ANTONIO PARDO DE MONTE-negro, y Antonio de Mirãda.

En Granada, por Baltasar de Bolibar, y Frãcisco Sãchez, a la porteria de las Monjas calçadas de Nuestra Señora del Carmen. Año de 1648.



RETENDE NICOLAS Iult, que se ha de reuocar la sentecia de vista, que le condenó en dos mil y quinientos ducados, y en las costas processales y personales, y que se ha de confirmar la sentencia del inferior, que le absoluió, y dio por libre, por tres fundamentos principales.

2 ¶ El primero, porque no se ha guardado la forma del contrato, ni en el modo de proceder para despachar la madera, ni en el de pedir en la demanda que se intentó.

3 ¶ El segundo, porque no ay prouança qual se requiere, y es necessaria para justificacion de los daños que piden.

4 ¶ El tercero, porque esta parte ha prouado causas justas, y releuantes que le escusan de pagar los daños que le piden, aunque los dos primeros medios faltaran.

Primero fundamento.

5 ¶ La obligacion que el Reo hizo, fletando su nauio, a los Actores, fue de traer la madera a 26. reales cada carro, *la qual se obligò de entregar como la recibiesse, cumplir el concierto, y no apartarse de el, y si no lo cumpliere, o de el me apartare, consiento, y tẽgo por bien, que los fletadores se puedan concertar con otro dueño, o maestro de nao que por mi lo cumpla, y por todo aquello que mas le costare, y por las costas, y daños, e interesses, y menoscabos que sobre ello se le siguiere le puedan executar, diferido a su juramento, &c.* Y luego dize: *Y si mas quisieren me puedan compeler, y apremiar por justicia a que lo cumpla, y puedan vsar de entrambos remedios juntos, o de el que de ellos mas quisieren.*

6 ¶ Estas palabras llanamente estan manifestando, que el animo de esta parte, ni de todos los

los contrayentes no fue, que en caso de no traer la madera, eo ipso le pagasse todas las ganancias que de ella pudiessen proceder, que en substancia viene a ser lo que en la demanda se contiene.

7 ¶ Sino que en este caso de no traerla los fletadores pudiessen concertarse con otro maestro de nao que la traxesse, y se deue reparar mucho, que aun en este caso la obligació que esta parte sobre si tomó fue muy limitada, porque no se obligó a pagar todo el precio que les costasse, sino la demasia de lo que concertaron con el, ibi: *Y por todo aquello que mas les costasse, y que si mas quisiessen le pudiessen apremiar, o el a que la traxesse.*

8 ¶ Y siendo el contrato de fletamento según su naturaleza de locacion, y conduccion, *l. fin. § fin. ff. ad leg. Rodiam de iactu, l. 1. & 2. tit. 8. par. 5.* Curia *tom. 2. lib. 3. cap. 5. num. 1.* y por cuya regla se ha de gouernar la primera, y mas precisa que tiene, es el auerse de guardar la forma del contrato, *l. si merces 28. § conductor, ff. locati,* ibi: *Conductor omnia secundum legis conductionem facere debet, l. legem 16. C. eodem,* ibi: *Legem quidem conductionis seruare oportet, l. circa 59. C. eodem, § conductor. Instit. de locat.* y por tal se tiene en lo que las partes se conuienen, y poné en el *l. omnis in princ. ff. si certum petetur, l. in conuentionalibus, ff. de verborum oblig.* Mancic. *de contract. tom. 1. lib. 6. tit. 26. num. 1. & tom. 2. lib. 14. tit. 11. num. 3.* y esta forma es preciso guardarla en todo, porque no haziendolo assi, el acto se desuanece, y anula, *l. cum hy, § si Praetor, ff. de transact. l. nõ dubium, C. de legibus,* Grat. *c. 82. n. 28.*

9 ¶ Y siendo como son los contratos de esta naturaleza, *l. quidquid astringendæ, ff. de verbor. obligat.* no se ha de sacar dellos mas de lo que expressamente contienen, sin hazer extension de caso a caso, ni de persona a persona, aunque sean semejantes, Decius *cons. 555. num. 2. 3. & 4. & cons. 697. num. 4.* Parisio *cons. 32. num. 10. lib. 1.* Menoch. *cons. 92. num. 51. lib. 1.* antes se ha de tomar interpretacion para que aquel que se obliga quede menos

obli-

obligado, Angelo *cons.77.in fin.* Parisio *cons.69.nu.22.lib.3.* Menoch.*d.cons.32.nu.52.*& vt pœna euitetur Farinac.*cons.45.num.27.* Auend.*de censib.cap.14.num.15.* que funda *pro minori onere, seu obligatione esse iudicandum, præcipué cum agamus deliberatione, quæ fauorabilior est, quam obligatio,* Fontanel.*claus. 4.glos.18.p.2.n.19.*

10 ¶ De ninguna manera se puede dar extension de esta obligacion, ni que obre mas de en los dos casos que se obligó esta parte, que es lo que concluyó, Menoch.*dict.cons.32.num.52.* ibi: *Debent ergo ij homines solum obligari quantum verba suarum franchisionem, apertè loquuntur, & non vltra, atque ita concludo.*

11 ¶ Y en ambos se faltò, porque de ninguna manera trataró los Actores de que otro dueño de nauio les traxesse a parte la madera, como deuieron, y pudieron auerlo hecho, pues esta parte tiene prouado concluyentemente con vn testimonio que ha presentado del escriuano de cargas y descargas de Rivadeo, que desde Setiembre de 646. hasta vltimo de Diziembre huuo en el dicho Puerto de Rivadeo diferentes nauios de carga, cõ que quien está en culpa son los Actores, pues viẽdo que no yua Nicolas Iult, pudieran fletarla, y remitirla en los dichos nauios.

12 ¶ O requerir a Nicolas Iult q̃ la traxesse, que no fuera dificultoso auerle buscado en aquellos Puertos, pues con la comunicacion que ay en ellos, es de entender que se sabria adonde estaua, y para cada nauio, sobre q̃ no hizieron diligẽcia alguna, ò quando boluiò a Cadiz con el hierro que fue por vltimos de Abril del año de 647. pues no auiendose obligado a traer la madera a dia cierto: aunque pudiera pretender, que no auiendole interpelado, no estaua en mora, *l.mora 32.de vsuris l.18.tit.11.p.5.* cum laté adductis à D. Pichardo *disput.de mora à num.43.* y mas no constando, ni diziendo los testigos de las otras partes, que por el dicho mes de Abril no estuuiesse alli la madera, ni

que

que les huuiesse sucedido el daño que pretenden, ni señalando tiempo en que dizen le padecieron.

Segundo Fundamento.

13 ¶ En qualquiera negocio deue ser la prouança clara, cierta y concluyente para poder obtener por ella, *l. neque natales, C. de probat. l. non hoc, C. vnde legitimi, cap. in præsentia de probat.* Menoch. *cons. 97. num. 98. tom. 1. & 233. num. 7. tom. 3.* y lo mismo procede en los daños, e interesses, Farin. *cons. 15. num. 10.* y de ninguna manera basta prouança general que se haga dello, sino que es necessario que con especialidad y distincion se prueue, Mantica *de contract. lib. 5. tit. 8. num. 39.* ibi: *Sed admonendi sumus primo, quod non sufficit damnum probare in genere, sed debet probari in specie*, dando los testigos la razon que deuen, que es, congruam, concludentem, necessariam, generalem, veram, & manifestam, como comprueua Farin. *de testib. quæst. 70. num. 10.* porque si no se les podrà dezir lo de Baldo *in l. edita, C. de edendo*, quod testis sine tali ratione deponens, dicitur deponere tanquam pecus, Farinat. *vbi supr. n. 9.*

14 ¶ Quatro mil ducados piden de daño los Actores en su demanda, y tienen sentencia de vista en su fauor, en que se les manda pagar dos mil y quinientos, y las costas personales y processales, que con la condenacion llegaron a la cantidad pedida.

15 ¶ La prouança que deste daño tiené son testigos de Xerez, Cadiz, y Sanlucar, que examinados en estos lugares dizen, que si los nouecientos carros de madera se huuieran traydo a Sanlucar, ò Seuilla, y alli se huuieran vendido, se pudiera auer ganado seys mil ducados en cada vno. Pero en quanto a el hecho que passò en Riuadeo, que es donde caso que huuiesse daño auia de auer su- dido, es la prouança muy corta, porque solo ay dos

testigos de la primera instancia, el vno vezino de Xerez, y el otro de Sanlucar, que dizen que vieron en Riuadeo nouecientos carros de madera, y que despues supieró que auenidas se auia lleuado mas de quinientos carros.

16 ¶ Y en esta instancia de reuista ha añadido otro testigo de vn muchacho, que dixo ser de edad de quinze años, que dize de auer visto los nouecientos carros de madera en Riuadeo, y que las auenidas se lleuaron mas de quinientos.

17 ¶ Pero esta prouança de ninguna manera es bastante para obtener, aun quando esta parte no tuuiera defensa alguna.

18 ¶ Lo vno, porque entra con grande sospecha contra si la prouança, porque siendo este vn caso que si huuiera sido cierto huuiera sido tan publico en Riuadeo, y passado por mano de tantos, como son los muchos que se ocupauan en cortar tanta madera los que la labraró los carreteros que los conduxeron a la playa, el registro que era preciso hazerse della para pagar los derechos antes de empilarse los que la empilaron y juntaron, y los fatores que era preciso que huuiesse, y que cuydasse dello: de ninguno de todos estos se à presentado, ni vn hombre; y lo que es mucho de ponderar, que auiendo auido tantos terminos de prueua, y auiendo ido esta parte, siendo estraño destos Reynos, y sin tener correspondécia en los dichos puertos, ó hazer en ellos su prouança los Actores, siendo naturales dellos, y especialmente el que lo solicita en esta Corte, y siendo preciso que tengã sus deudos y amigos, y correspondientes, no han ido a hazer allá sus prouanças, ni a aueriguar este hecho, lo qual es grande prueua de que no es cierto, ni tal ha passado, y que por esto no se han atreuido a tratar de compiarlo en aquella ciudad, y puerto.

19 ¶ Lo segundo, porque los dos testigos de Xerez y Sanlucar no dan razon alguna de nada que dizen, porque ni dizen que causa les lle-

uò a Riuadeo estando tan distante, ni, que hazian alli, ni como saben que la madera que dizen que vieron eran nouecientos carros, pues en cosa que tanto ocuparia, si no es auiendolos contado quando se pusieron, no se podia percebir, ni saber, si no era de oydas a otros, y que esta fuesse de los Actores, de ninguna manera lo dizen, siendo el fundamento de todo, pues poco importa que viessen nouecientos carros de madera, si no dizen, y con razon concluyente, que eran de los Actores, y la destinada para que se traxesse en aquel nauio a Sanlucar, y son singulares, y no prueuan en esso poco q̃ deponen, *cap. causam de probat.* Farin. *q. 66. n. 33.*

20 ¶ Y vltimamente en quanto a el daño que sobreuino a esta madera estando empilada, por no auerla traydo, y de auersela lleuado las auenidas, de ninguna manera dizen nada de vista, si no solo que supieron, que se auian lleuado las auenidas mas de quinientos carros, sin dezir como lo supieron, ni a quien lo oyeron, ni quien cõtò los carros que dizen que se lleuaron, y que quedaron, con que en nada se les deue dar credito.

21 ¶ Ni a el otro testigo muchacho, porque demas de ser menor, y no prouar por ello, por ser esta causa ardua, *argum. legis propter litem, §. 1. ff. de escusat. tutor.* Farinat, *de testib. quæst. 58. num. 14.* es criado de Antonio Pardo Montenegro, como se le afirmò en la Sala en su presencia sin contradezirlo, cõ que se deue tener por cierto, y el no prueua, ni es testigo idoneo por su amo, Farin. *de testib. quæst. 55. num. 135.*

22 ¶ Y vna prouança tan leue como esta nunca se deue atender en cosa de tan graue perjuyzio como lo que se pide, Craueta *de antiquit. tempor. 1. p. n. 6.* Menoch. *consil. 402. n. 31. tom. 5.*

23 ¶ Y se excluye por esta parte con el testimonio que ha presentado de el escriuano de cargas y descargas de Riuadeo que le dá tambien, de que desde Setiembre de 646. hasta vltimo de

Di-

Diziembre del dicho año, solo parece auer registrado Antonio de Miranda con otros compañeros, y no con Antonio Pardo Montenegro 255. carros de madera, y supuesto que el registro es la prueua mas cierta destos generos de mercaderias, *l. 1. C. de exactoribus tributorum, lib. 10. l. 1. tit. 26. l. 2. in fin. tit. 25. lib. 4. Recop.* Curia *tom. 2. lib. 3. cap. 8. nu. 19. & 20.* Desto se infiere, que el Antonio Garcia, y el Antonio Pardo, ò no tenian la compañia que dizen, ò a lo menos que no pusieron madera alguna en la playa, ò quando la que registrò el Antonio Garcia, se pudiera aplicar a esta negociaciō, que no puede, era solo de 255. carros, y esta no era toda suya, si no del, y de los demas cōpañeros que la registraron.

24 ¶ Ni obsta que pudieron dexar de registrar hasta que se embarcara en el nauio, porque esto, ni està prouado, ni consta que assi se haga, ni aunque se pueda hazer, porque si el registro se haze por carros, como en el se prueua, fuerça es que se haga quando se traen ellos a la playa, porque luego se descarga y junta, y tuuiera grande inconueniente, e incerteza, y lo que es tan verosimil se ha de tener por prouado, *cap. quia verisimile de praesumpt.* Valasco *litera V. axiomat. 99. cum seqq.*

25 ¶ Y lo que verdaderamente es daño, y sobre que pudiera caer la demanda, es solamente lo que se huuiera lleuado las auenidas de la madera sin poderlo euitar, porque *damnum est diminutio patrimonij, & iactura rerum adquisitarum, glos. in l. 1. §. si quis propter, ff. de itinere actuque priuato,* Ruin. *cons. 219. n. 6. lib. 1.* Menoch. *cons. 36. n. 53. lib. 1.* Scac. *de commert. §. 1. q. 7. n. 272. & 290.* Y aunque en lo regular ay grande diferencia, nam lucri & damni est dispar ratio, *l. proculus 26. ff. de damno infect.* Cacher. *decis. 95. n. 42.* el daño es el q̄ viene en esta accion, no el lucro, *l. 2. §. nauis, ff. ad leg. Rodiam de iactu, ibi. Neque ad rem pertinet si res quae missae sunt plures venire poterant, quoniam detrimenti non lucri fit praestatio.*

Y de-

26 ¶ Y demas de no auer prouança concluyente de vista deste daño, no cũpliã los AA. con auerle prouado para poderlo pedir, sino que tambien era necessario que prouassen que auia sido vn caso fortuito que ellos no pudieron preuenir, y que sucedio sin su culpa, quia casum fortuitum allegans, tam actor agens, quã reus excipiens probare debet, Mascard. *de probat. concl.* 271. *num.* 2. & non solum tenetur probare casum, sed se omni culpa caruisse. Paris. *cons.* 156. *num.* 5. *volum.* 4. Mascard. *conclus.* 271. *n.* 6. alias qui ita non probat semper præsumitur in culpa fuisse, Mascard. *n.* 7. porq en el interin que esta parte yua por la madera, tuuieron obligacion los AA. de tenerla cõ toda guarda y custodia, asi en ponerla en parte que la auenida no se la pudiesse lleuar, como en ponerla clauada con palos en la tierra, de manera que resistiesse este sucesso, o tener personas que la mudassen, o hiziessen alguna defensa para que no se la lleuasse, o no tanta como dizen, y si todauia sucediesse seguirla por el rio, y sacarla, pues auia de andar encima del agua, y poner cobro a la que quedasse, y hazer informacion y registros luego de lo vno, y de lo otro, y tratar de auiarla: que esta parte no se obligó a que en poniẽdola en la playa auia de correr por su cuẽta el peligro, ni que se auia de hazer cargo della, y este siempre es del dueño en el interin que no la entrega, *l.* 2. *ff. de periculo & commodo rei venditæ. l. quod sæpé, §. in his, ff. de contrah. empt.* Mantica *de contract. lib.* 4. *tit.* 16. *n.* 5. *&* 6.

27 ¶ Pero replicarasse, que en la escritura está diferido el daño en el juramento de la parte, y que este con menor prouança ha de bastar para que se tenga por calificada.

28 ¶ A que se responde, que el juramento se puso en los dos casos a que esta parte se obligò en la escritura, que fue, ó de concertar con otro el fletamento, o apremiarle a el a que fuesse por ella, vt supra diximus nu. y no estando en los terminos del vno, ni del otro, como alli se fundò,

 cessó

cessó tambien la delacion del juramento, que como accessoria de lo principal, es fuerça que falte no teniendo lugar, *l. cum principalis, ff. de regul. iur.* cũ laté congestis à Valasco *litera axiomate*, y porque el juramento es de estrecha naturaleza, y no se extiende de vn caso a otro, *cap. Clericus 35. de iure iurando*, Dom. Couarruy. *in cap. quamuis pactum, part. 1. in initio, num. 5.* Barbos. *in collect. ad dict. cap. Clericus, nu. 6. & 7.*

28 ¶ Y porque en las causas de graue perjuyzio no se acostumbra a diferir en el juramento in litem, sino en las leues, y de pequeña cantidad, *l. 3. §. sciendum, ff. ad exhibendum*, Mascard. *concl. 953. num. 17.* Farinac. *in fracment. litera I. n. 1061.* Hermosilla *in l. 8. tit. 3. p. 5. glos. 6. n. 19.*

29 ¶ Ni tampoco se dà nisi quãdo adest dolus aduersarij, & difficultas probationis, vt latissimé comprobat Hermos. *dict. l. 8. tit. 3. partit. 5. glos. 6. num. 28.* ni aqui se ha prouado dolo de esta parte, ni el caso es de dificultosa prouãça, sino que si huuiera sido cierto, huuiera sido tan patente, y manifiesto, como queda aduertido supra num. y assi no es esta circunstancia que aumenta la justicia de la otra parte.

Tercero fundamento.

30 ¶ En este contrato dolus & culpa tãtum præstatur, *l. si vt certo 5. §. nunc videndum, vers. Sed vbi vtriusque vtilitas*, vbi glos. Bart. Baldus, & alij, *ff. commodati*, Mantica *de cõtract. lib. 5. tit. 8. n. 1.*

31 ¶ Y assi està escusado de pagar los daños esta parte por dos causas precisas.

32 ¶ La primera, auerle embargado el nauio la parte de su Magestad, que es preferido a todos, y lo pudo hazer, *l. 1. C. de nauicularijs non excusandis, lib. 10. l. 8. tit. 28. p. 3.* Curia *tom. 2. lib. 3. c. 5. n. 5.* y en qualquiera conduccion el caso fortuito escusa, *§. qui pro vsu, Inst. de locat. & cõduct. l. in iudicio 28.*

C. *locato*. Y siendo caso fortuito el hecho del Principe, y estādo escusado in specie, en este caso no se le pueden pedir daños algunos, y demas de ser este estilo inconcuso entre mercaderes, y cargadores, como consta de la prouança que por esta parte se ha presentado, es tambien de derecho, quia iniquū est quod quis alterius causa damnum sentiat, Menoch. *cons. 244. num. 66.* & damnum fortuito eueniens, non debet quis alteri re pendere, nec imputare, Menoch. *dict. cons. 244. num. 68.* & facto Principis contingens ab eo resartiendum est, Menoch. *cons. 47. num. 34. lib. 1.*

33 ¶ La segunda causa es, que hallandose con la naue que hazia agua, y que no podia nauegar sin riesgo manifiesto de perderse, tuuo necessidad de yr a darle carena, y estando dentro de el puerto del Passage vino vn galeon de su Magestad que a este nauio y a otros que fuerō a hazer el mismo reparo los detuuo cinco semanas sin dexarlos salir del puerto, ni que se la diessen, por acomodarse el primero, y esto tambien escusa, *l. si vebenda* 10 *§. idem dicemus, ff. ad legem Rodiam de iactu*, ibi: *Idem dicemus si nauis eius vitium fecerit sine dolo, & culpa eius*, vbi glosa verbo, *dicemus*, Bart. & DD.

34 ¶ No obsta lo que se opone contra ésto, de que esta parte misma solicitó el embargo para lleuar los soldados, porquē esto está desuanecido con prouança mucho mas concluyente, y de mas testigos, y entre ellos los mismos escriuanos Reales que embargaron, y dizen lo contrario, y porque no es verosimil, ni se propone causa para ello, ni de interes, pues el mismo pudiera tener en traer la madera, ni de gusto, pues la carga era de poca codicia, ni tenia despues viage preuenido mejor, y assi no tiene fundamento esta oposicion.

35 ¶ Lo segundo se opone, que a lo menos, despues de dada la carena, pudo yr por la madera, y no fletarlo para hierro.

36 ¶ A que se satisfaze, que esta parte tiene prouado sin auer cosa en contrario que se le

fueron

fueron los marineros y gente de el nauio, y que quedó tan sin ella, que en ninguna manera podia nauegar, y esto tambiē lo escusaua, ex dictis supra num. Y el dezir que fue por su mala condicion no está prouado, y que quien le dió el hierro le dió la gente para que pudiesse venir, y assi siempre estuuo escusado legitimamēte para poder cumplir: demas de que como los Actores ni le interpelarō, ni hizieron diligencia alguna para que la traxesse en tantos dias, pudo entēder se auian acomodado con otro.

37 ¶ Vltimo oponen, que fue engaño auerse puesto en la escritura que lleuaua la sal a Riuadeo, lleuandola a Pontebedra.

38 ¶ Porque se responde, que no dize esto la escritura, y sus palabras son, *que fleta a los Actores vn nauio en Sanlucar cargado de sal para yr a el puerto de Riuadeo en Galicia para traer madera.* Segun las quales, el yr a Riuadeo no ay causa para que se aplique mas que a la trayda de la madera, y conuiene sin violencia alguna a esto vltimo, que pues se deuen entender las palabras como menos obligado y grauado que de el locador, ex dictis supra nu. Assi se deuen entender, y no en el sentido que la otra parte les dá.

39 ¶ Y porque ni esto era cosa que se podia encubrir, ni los Actores dexar de saberlo de tāta gente como vá en vn nauio, si lo quisieran preguntar, y ay mucho fundamento para que se entiē da que el mismo Antonio Garcia, Actor de este pleyto, fue testigo en la escritura de el fletamento de la sal, pues está puesto en ella testigo del mismo nombre, y la identidad de las personas se presume, ex adductis à Farinac. *in fragmentis*, verbo, *identitas*, *num.* Ni se da interes en la negacion, ni venia a importar para el caso, ni era necessario en lo substancial, que todo ayuda para que no se haga caso de esta oposicion, y que sin embargo de ellas, y de las demas se determine en fauor de esta parte, como tiene pedido. Salva in omnibus D. S. C.

Lic. D. Iuan Muriel.